

THEODOR RITTLER:

Der Versuch des Unterlassungsdeliktcs.

I. Die Frage des Versuches beim Unterlassungsdelikt ist bis heute umstritten. Zwar beim *unechten* UD., beim Kommissivdelikt per omissionem, sind fast alle Schriftsteller der Meinung, dass ein Versuch denkbar und strafbar sei, sowohl als beendeter wie als unbeendeter. Und in der Tat lehrt ein einfaches, übrigens immer wiederholtes Beispiel die Wahrheit des Satzes. Die Mutter, die ihr Kind dadurch zu töten beabsichtigt, dass sie ihm keine Nahrung reicht, ist des Mordversuches schuldig, solange das Kind noch lebt. Der Versuch beginnt mit dem Augenblick, da die Mutter die erste Mahlzeit vorübergehen lässt, ohne für das Kind zu sorgen. Er ist unbeendet, ins solange die Mutter erkennt, sie müsse noch weiter in ihrer Hartherzigkeit verharren, der Tod stehe vorläufig nicht unmittelbar bevor. Er ist beendet, wenn das Kind rettungslos dem Tod verfallen ist, eine Sinnesänderung der Mutter, das Darreichen von Nahrung ihm nicht mehr zum Leben verhelfen könnte.

Aber ist auch beim *echten* UD. ein Versuch möglich? Die Meinungen gehen hier weit auseinander. Die herrschende Ansicht lehrt, das *echte* UD. sei nur als vollendetes denkbar, denn wer der Gebots-Norm zuwider im kritischen Augenblick nicht handle, habe damit sofort das Delikt nach allen seinen Merkmalen erfüllt; vor dem kritischen Augenblick sei aber die Untätigkeit nicht rechtswidrig und darum auch als Versuch nicht strafbar.

Es gibt aber Schriftsteller, die doch auch beim *echten* UD. einen Versuch anerkennen, wenigstens in gewissen Formen. So spricht Frank¹⁾ von einem Versuch des *echten* UD., wenn der Verpflichtete im letzten Augenblick zum Vollzug der Handlung gezwungen wird. Und Gerland²⁾ meint, dass ein strafbarer

¹⁾ Das Strafgesetzbuch f. d. deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 92.

²⁾ Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auf., 1932, S. 176.

Versuch hier nur als fehlgeschlagenes Verbrechen denkbar sei, während v. Hippel³⁾ gerade umgekehrt ausführt, bei reinen UD. scheine Versuch als nicht beendeter, nicht aber als beendeter möglich.⁴⁾

II. Die Lösung der Frage erfordert, dass wir unter den echten UD. zwei Gruppen unterscheiden: Erfolgs-Unterlassungsdelikte und reine Unterlassungsdelikte. Bei jenen benennt der Tatbestand ein Untätigbleiben bestimmter Art und einen Erfolg, der hätte abgewendet werden sollen und der auf solche Weise mit dem Untätigbleiben in Quasikausalzusammenhang gebracht wird. Bei diesen ist der Tatbestand auf ein bestimmtes Nichttun als solches abgestellt. Die Unterscheidung zwischen Materialdelikten und Formaldelikten, die man bisher nur bei den Begehungsdelikten gemacht hat, muss man auch bei den echten UD. vornehmen. So ist der negative Kindesmord nach österr. und čechoslov. Recht (§ 139) ein echtes Erfolgs-UD.⁵⁾ Denn der Tatbestand ist nicht bloss auf die Unterlassung des bei der Geburt nötigen Beistandes, sondern darüber hinaus auf das Umkommenlassen, also den Tod des Kindes abgestellt. Dagegen ist die Nichtanzeige verdächtiger Todesfälle oder Krankheiten von Seite der ärztlichen Personen (§ 359 öst. u. čsl. StGB) ein reines echtes UD. Der Tatbestand erschöpft sich in dem Unterlassen der Anzeige, erwähnt keine Folgen, die sich daran knüpfen.

³⁾ Deutsches Strafsrecht, II. Band, 1930, S. 409, u. Lehrbuch, 1932, S. 155, nm. 4.

⁴⁾ Der österr. Oberste Gerichtshof erklärt in KH 4204 ganz beiläufig, ohne auf die Frage näher einzugehen, dass Versuch gleicher Weise bei Kommissiv- und Ommissivdelikten möglich sei. Er setzt sich damit in Widerspruch zu seiner früheren Entscheidung KH 4124, mit der er ausführt: »Vor dem 15. X. 1912, dem Einberufungstermin, konnte sich T. des militärischen Verbrechens der Fahnenflucht nicht schuldig machen, weil es keinen strafbaren Versuch des Unterlassungsdeliktens der Nicht-einrückung gibt.«

⁵⁾ Anders nach deutschem Recht. Nach § 217 dRStGB ist die negative Kindstötung ein unechtes UD. Denn der Tatbestand benennt bloss die Tätigkeit, er spricht von »töten«, er stellt auf das Umkommenlassen, die Untätigkeit, gar nicht ab. Doch wird er richtiger Weise dahin verstanden, dass unter das Töten auch das Nichtabwenden des Todes einzu beziehen ist.

III. Bei den echten Erfolgs-Unterlassungsdelikten tritt die Vollendung erst ein mit dem im Tatbestand erwähnten Ereignis, das hätte abgewendet werden sollen, also beim negativen Kindesmord mit dem Tod des Kindes, bei der boshaften Unterlassung der Verhinderung eines Verbrechens (§ 212 öst. u. čsl. StGB.) mit der Verübung dieses Verbrechens. Bei diesen echten Erfolgs-UD. ist wie bei den unechten, den Kommissivdelikten per ommissionen, ein Versuch möglich. Zwischen beiden Gruppen besteht kein Wesensunterschied, sondern nur ein Unterschied der Formulierung. Erwähnt der Tatbestand nur das Herbeiführen des Erfolges, handelt es sich, insoweit er auch das Nichtabwenden des Erfolges erfasst, um ein unechtes UD., erwähnt der Tatbestand ausdrücklich das Geschehenlassen des Erfolges, um ein echtes. Demgemäss ist der negative Kindesmord, wie schon erwähnt, nach deutschem Recht ein unechtes, nach öst. und čsl. Recht ein echtes UD. Ihrer inneren Natur nach ist aber die negative Kindestötung hier und dort dieselbe. Demgemäss gibt es nicht bloss nach deutschem, sondern auch nach öst. und čsl. Recht den Versuch eines Kindesmordes durch Unterlassen. Ebenso ist ein Versuch des Verbrechens nach § 212 öst. und čsl. StGB. ohne Schwierigkeit zu denken. Jemand sieht seelenruhig zu, wie ein anderer alle Vorbereitungen für eine Brandstiftung trifft; er brauchte bloss die Zündstoffe wegzunehmen, was ihm unschwer gelänge, er tut aber nichts. Bevor jedoch der Brandstifter auch nur versucht, brandzulegen, greift ein Dritter ein und bringt den Verbrechensplan zum scheitern. Hier ist das Verbrechen der Vorschubleistung nicht vollendet, weil es zur Brandlegung auch nicht in der Erscheinungsform des Versuches gekommen ist, wohl aber versucht.

Ergebnis: Bei dem echten Erfolgs-UD. ist ein Versuch möglich.

IV. Das Problem des Versuches bei den UD. beschränkt sich also auf die echten reinen Unterlassungsdelikte. Ist es möglich, dass jemand der Einberufung zum Präsenzdienst nicht Folge zu leisten versucht (§ 39 öst. Wehr-Ges., § 47 ff čsl. Wehr-Ges.), dass der Arzt einen verdächtigen Todesfall der Behörde nicht anzuzeigen versucht? Die herrschende

Meinung verneint, wie gesagt, die Frage. Nach ihr ist das reine UD. nur als vollendetes denkbar. Aber ist sie im Recht? Vorerst sei bemerkt, dass die von Frank behauptete Ausnahme nicht anzuerkennen ist. Wenn der Wehrpflichtige am Einberufungstag und zur Einberufungsstunde nicht selbst erscheint, sondern von einem Gendarmen mit Gewalt hingeschleppt wird, so hat er das UD. vollendet und nicht bloss versucht. Er hat der Einberufung nicht Folge geleistet und das ist alles, was der Tatbestand voraussetzt. Dass der Wehrpflichtige vermöge des Eingreifens von dritter Seite am Einberufungsort und zur Einberufungszeit doch körperlich anwesend ist, vermag daran nichts zu ändern.⁶⁾ Es handelt sich also, wie gegen Gerland zu bemerken ist, hier auch nicht um ein fehlgeschlagenes und darum versuchtes, sondern um ein vollendetes Verbrechen.

Ist aber nicht sonst ein Versuch möglich? Der Tatbestand der reinen UD. ist abgestellt auf das Unterlassen einer bestimmten Handlung innerhalb einer gewissen Frist oder zu einem gewissen Zeitpunkt, der kalendermässig oder durch Angabe eines Ereignisses bestimmt sein kann und der, wenn es an einer solchen Bestimmung fehlt, der erste ist, an dem der Verpflichtete zu handeln vermag; denn wo nichts anderes angegeben ist, hat der Verpflichtete, wie § 359 öst. u. čsl. StGB ausdrücklich sagt, »unverzüglich« tätig zu werden. Lässt der Verpflichtete die ganze ihm gewährte Frist oder den ihm aufgegebenen Zeitpunkt verstreichen, ohne die vom Recht gebotene Handlung — etwa einzurücken oder anzuzeigen — vorzunehmen, so ist er des UD. in seiner Haupterscheinung, also des vollendeten UD. schuldig. Wer einen Versuch des reinen UD. annehmen will, kann daher nur das Untätigbleiben vor dem kritischen Moment, d. i. vor dem letzten Augenblick der Frist oder vor dem bestimmten Zeitpunkt dafür ansprechen. Aber trägt dieses Untätigbleiben, dieses Säumen den Charakter des Versuches an sich?

Nach der subjektiven Versuchstheorie wird man entgegen der herrschenden Lehre Versuch wenigstens

⁶⁾ Ebenso M. E. Mayer, Der allg. Teil des deutschen Strafrechtes, S. 348, v. Hippel a. a. O. II 408, Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes I, 26. Aufl., 1932, S. 307, Mezger, Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 377.

unter bestimmten Voraussetzungen annehmen können. Freilich die blosse Untätigkeit an sich oder auch verbunden mit der Äusserung des Verpflichteten, er werde innerhalb der Frist oder zu dem gebotenen Termin nicht handeln, würde auch nach der subjektiven Theorie noch keinen Versuch darstellen. Denn dazu fordert diese Lehre immerhin ein Verhalten, das auf die Verwirklichung des Tatbestandes hinwirkt, also das Untätigbleiben im kommenden kritischen Zeitpunkt irgendwie fördert. Aber andererseits sieht die subjektive Versuchstheorie von dem Erfordernis der Tatbestandsmässigkeit und auch der Rechtswidrigkeit beim Versuch ab. Sie erfasst als Versuch jede auf die Verwirklichung des Tatbestandes gerichtete Handlung, wenn diese den Vorsatz des Täters, das Delikt zu begehen, voll und deutlich zur Darstellung bringt. Nun lassen sich ohne Schwierigkeit Verhaltensweisen des Verpflichteten denken, die beide Kriterien an sich tragen, d. h. einmal dem Verpflichteten das Untätigbleiben im kritischen Moment erleichtern, indem sie unangenehmen Folgen, die seine Passivität haben könnte, vorzubeugen oder die Spuren seiner Verfehlung zu verwischen suchen, und die gleichzeitig seinen Entschluss verraten, die ihm auferlegte Handlung — etwa eine Anzeige oder eine Meldung oder eine Stellung — nicht vorzunehmen. Man denke: der zur Einrückung in naher Zeit verpflichtete Wehrmann bestellt sich eine Schiffskarte nach Japan. Oder der nach der Devisenordnung zur Anmeldung von Auslandsguthaben innerhalb bestimmter Frist Verpflichtete bucht lange vor Ablauf der Frist wahrheitswidrig seine Auslandsguthaben als schon vor dem Stichtag veräussert, um sich so einen Beweis rechtmässigen Verhaltens zu schaffen, wenn er die Anmeldefrist unbenützt verstreichen lässt. Diese Manipulationen fördern das Untätigbleiben im kritischen Augenblick und bringen den Entschluss des Verpflichteten zum Ausdruck, die gebotene Handlung nicht vorzunehmen.

Aber wer sich mit mir zur objektiven Versuchstheorie bekennt, kann in den geschilderten Verhaltensweisen nur eine Vorbereitung zur Nichtbefolgung des Einberufungsbefehles bzw. zur Nichtanmeldung von Devisen erblicken, gradeso wie das Sichvermummen eines zu verbrecherischer Tat Entschlossenen oder seine Vorsorge für ein Auto zur Flucht die

Grenzen der Vorbereitung nicht verlässt. Nach der objektiven Theorie ist dem Versuch wie dem vollendeten Delikt Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit wesentlich. Weder das eine noch das andere Merkmal ist in den angeführten Beispielen in dem Untätigbleiben des Verpflichteten vor dem kritischen Zeitpunkt und in den dieses Untätigbleiben begleitenden positiven Handlungen verwirklicht. Freilich der Verpflichtete setzt schon immer nicht die gebotene Handlung, er unterlässt also, das tatbestandsmässige persönliche Verhalten scheint demnach gegeben; diese Erwägung hat offenbar von Hippel verleitet, hier einen unbeendeten Versuch anzuerkennen. Aber der Tatbestand kriminalisiert das Untätigbleiben nicht an sich, sondern das Untätigbleiben während einer Frist oder zu einem bestimmten Zeitpunkt und an diesem Tatbestandserfordernis fehlt es vor Ablauf der Frist oder dem Eintritt des Termins. Demnach ist insolange das Säumen nicht tatbestandsmässig und daher auch nicht als Versuch des Deliktes fassbar. Ebenso wenig ist es natürlich rechtswidrig. Bei Festsetzung einer Frist ist ja dem Verpflichteten gestattet, nicht sogleich handeln zu müssen, aber auch bei Bestimmung eines Zeitpunktes darf er bis dahin untätig bleiben. Diese Überlegungen zeigen, dass vom Standpunkt der objektiven Versuchstheorie in der Tat mit der herrschenden Lehre ein Versuch des reinen Unterlassungsdeliktes nicht anzuerkennen ist.

Jedoch mit einer Ausnahme, auf die meines Wissens noch nie hingewiesen worden ist: macht der Verpflichtete vor dem kritischen Zeitpunkt sich die zeitgerechte Erfüllung seiner Handlungspflicht unmöglich, so liegt in dieser Vereitelung seiner Verpflichtung der Versuch des Verbrechens. Der zur Einrückung verpflichtete Wehrmann schifft sich nach Übersee ein und begibt sich damit der Möglichkeit, am Einberufungstag bei seiner Truppe zu erscheinen. Oder der zur Ablieferung von Devisen Verpflichtete verkauft und übergibt sie vor Ende der Ablieferungspflicht einem Schleichhändler und setzt sich damit ansserstande, seiner Verbindlichkeit noch zu genügen. In diesen Fällen haben die positiven Handlungen, die das Untätig-

bleiben im kritischen Zeitpunkt nicht bloss begünstigen und erleichtern, sondern notwendig nach sich ziehen — das Besteigen des Schiffes, das Übergeben der ausländischen Valuta — tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Charakter. Sie führen zur wirklichen Ausübung der Untätigkeit im gegebenen Zeitpunkt hin, sie stellen einen Anfang der termingebundenen Unterlassung dar. Sie sind also als Versuch der Unterlassung anzusprechen, die sich dann vollendet, wenn die Frist abläuft oder der Zeitpunkt eintritt.
